

# 부부 이혼시 재산분할액 산정과정에 대한 제안

- 독일의 잉여청산제 적용을 중심으로 -

## A Proposal for the Methodology of Partition of Property by the Married Couple in the Process of Divorce

- Applied to the system to division of remainder used in Germany -

이화여자대학교 소비자·인간발달학과  
교수 문숙재  
송호대학 유아교육과  
겸임교수 윤소영  
이화여자대학교 소비자·인간발달학과  
박사과정 이윤신

Ewha Womans University, Dept. of Consumer Science and Human Development

*Professor : Sookjae Moon*

Songho College, Dept. of Preschool Education

*Additional Professor : Soyoung Yoon*

Ewha Womans University, Dept. of Consumer Science and Human Development

*Doctoral Course : Yunshin Lee*

### ◀ 목 차 ▶

- |                                  |                        |
|----------------------------------|------------------------|
| I. 문제제기                          | IV. 독일의 잉여청산제를 적용한 잉여반 |
| II. 우리나라 별산제의 분할대상<br>선정기준과 분할비율 | 분액 산정과정                |
| III. 독일의 잉여청산제도                  | V. 결론 및 제언<br>참고문헌     |

### < Abstract >

This study, with a view to establishing the objective and concrete methodology of partition of property by

Corresponding Author: Soyoung Yoon, Department of Preschool Education, Songho College, 66, Nsasanli, Hoengseongyeub, Hoengseonggun,  
Gangwondo, 225-801 Korea Tel : 82-17-278-3379 Fax : 82-2-3277-3099 E-mail : kihysy@hanmail.net

the married couple in the process of divorce, is to suggest the calculation method of impartial division of property by means of applying the system to division of remainder used in Germany. Generally, the process of estimating the amount of partitioned property has two steps, the first of which is to calculate the remainder of the husband and the wife each. The second step is to compare the remainders of the couple and calculate the difference in order for the spouse who has more to claim the payment of a half of the difference. This method has the advantage of dividing impartially the remainder obtained by labor in the married life.

**주제어(Key Words):** 재산분할비율(partition percentage of property), 잉여청산제(a system to division of remainder), 재산분할청구권(a right of claim to division of property)

## I. 문제제기

2000년 우리나라의 이혼율은 OECD 국가 중 8위로, 인구 1000명당 이혼건수는 1970년 0.4건에서 2001년 2.8건으로 7개 급증한 것으로 나타났다(통계청, 2002). 현재 함께 살고 있는 부부도 거의 절반인 약 46.7%는 이혼을 생각해 본 적이 있으며, 남성보다는 여성이 더 높은 비율을 보고하였다. 이혼을 생각해 보는 중요한 이유는 성격차에 이어 경제적 갈등이 높은 비율을 차지하고 있는 것으로 조사되었다(동아일보, 2002, 사회면).

이혼은 결합된 가족의 해체라는 측면에서 정서적으로 근본적인 문제를 야기시키지만, 이혼을 하게 될 경우 가장 먼저 현실적으로 직면하게 되는 문제는 부부 공유재산을 어떠한 비율로 분할해야 하는가에 관한 것이다. 더욱이 경제적 갈등이 이혼의 이유가 되는 경우는 재산을 합리적인 비율로 분할할 필요성이 증대된다.

현 법제에서는 재산분할에 관하여 부부사이에 협의되지 아니하거나 협의할 수 없을 때에는 가정법원에 재산분할을 청구하게 된다. 이때 주부의 재산상의 기여를 인정하는 방법이나 액수 및 기준은 가정법원의 법관에게 전적으로 위임한다. 예를 들어 재산분할의 실태를 반영하는 대법원 판례를 살펴보면, 재산의 소유 명에 따른 판단과 더불어 재산의 형성 및 유지에 대한 기여를 함께 인정하고 있으며, 가사노동을 통한 재산의 증식도 노동기여로 인정하는 것으로 나타난다. 또한, 개별 사건에 따라 여러 가지 사정을 참작하여 분할 비율을 결정한다는 점에서 매우 합리적이라고 보여진다. 그러나 이러한 재

산관계 규율 과정에서는 구체적인 자산 선정의 기준이 적용되지 않으며, 기여에 대한 객관적인 입증이 불가능한 당사자는 그렇지 않은 배우자보다 재산을 분할받는 것이 더 어렵다는 문제가 제기된다.

각 나라는 이러한 부부의 재산분할상의 문제점을 보완하기 위해 여러 가지 재산분할 평가방법을 적용하고 있다. 예를 들어 현재 미국과 일본은 재산을 50%의 비율로 분할하는 균등분할로 움직이고 있는데, 이는 미국과 일본이 취하여 온 재산분할방법이 균등분할의 토대가 되었기 때문이다. 미국의 경우는 주마다 차이는 있으나 주로 공동재산제와 형평분할제를 채택하고 있었는데, 미국 판례상 공동재산제는 균등분할을 분할비율 산정의 출발점으로 인식하고 있다. 일본의 경우에는 원칙적으로 균등분할을 주장하는 견해인 평등(추정)설과 기여도를 확정하여 이에 따라 분할비율을 정하자는 기여도설이 대립되어 왔는데, 실무 흐름이 평등(추정)설을 향하여 서서히 변화되고 있다(민유숙, 2001). 그러나 우리나라 하급심의 재판실무는 기여도설의 입장에서 개별적인 사건마다 상세한 사실 인정을 통하여 분할비율을 산정하는 방식을 채택하고 있으며, 이혼 후 경제적인 필요성인 전망적 요소에 비중을 두는 미국과는 다르게 혼인 생활 중 기여한 정도인 회고적 요소에 비중을 두고 있다.

한편, 독일은 1957년부터 잉여청산제도를 도입하여 부부의 재산분할을 평가하고 있다. 여기서 잉여청산제란 각 배우자가 당초재산(혼인 시작시의 재산)과 증국재산(혼인 종결시의 재산)의 차액을 계산하여, 혼인 생활 중 더 많은 잉여를 취득한 일방

배우자에게 타방 배우자가 그 잉여 차액의 반을 청구하여 재산을 분할하는 방법(조미향, 1990; 민유숙, 1993; 이화숙, 1990)을 말한다. 이러한 재산분할방법은 재산의 분할비율을 결정할 때 재산의 잉여분만이 그 대상이 되므로 재산 형성 및 유지의 기여도가 다른 여러 재산의 평가가 혼재되어 정확한 재산 분할을 할 수 없다는 기여도설에 근거한 평가방법의 문제점을 해결하고 있다. 또한 이 방법은 노동 형태에 관계없이 노동 가치를 동등하게 인정한다는 점에서 평등설을 지지하는 동시에, 모든 재산을 공유하는 공유제와 각각 소유명의로 따라 재산을 관리하는 별산제의 장점을 모두 가지고 있는 가장 발전된 재산분할방법(이화숙, 1990)이라고 할 수 있다. 따라서 이렇게 재산이 분할될 경우 전업주부 뿐만 남편의 경우에도 공정한 재산분할이 될 수 있다.

현재 기여도설을 채택하고 있으며 가치론적 측면의 균등분할 인식이 아직 확립되지 않은 우리나라의 경우에는 공유제와 별산제의 장점을 모두 지니고 있는 잉여청산제의 방법을 적용하는 것이 합리적이라 여겨진다. 일부 연구(조미향, 1990; 민유숙, 1993; 이화숙, 1990)에서도 독일의 잉여청산제가 가장 구체적이고 합리적이며 가장 발전된 방법임을 제시하고 있다. 그러나 잉여청산의 근거가 되는 잉여분의 계산이 쉽지 않기 때문에(한국여성개발원, 1998), 구체적인 계산방법을 규정할 필요가 있다.

이에 본 논문은 우리나라 부부 재산분할제인 별산제 방식에 독일의 잉여청산제를 적용할 때의 구체적인 계산방법을 제안하고자 한다. 우선 우리나라의 부부 재산 분할의 실태 파악을 통해 평가방법의 문제점을 파악하고, 독일에서 실시되고 있는 잉여청산제의 구체적인 내용을 살펴봄으로써 객관적인 재산분할평가의 방법을 모색한다. 그리고 잉여청산제를 우리나라의 재산분할과정에 적용할 때 요구되는 분할대상 재산의 선정과 분할액을 계산하는 방법을 제안한다. 이러한 과정은 재산분할 판결시 실질적인 도움이 되어 구체적인 분할방법의 기준마련과 기여에 대한 객관적인 입증이 불가능한 전업주부들의 노동가치평가에 크게 기여할 것이다.

## II. 우리나라 판례의 분할대상 선정기준과 분할비율

우리 나라 민법에서 규정하는 재산 분할이란 '혼인 생활 과정에서 부부 양 당사자가 쌍방의 협력으로 형성, 유지하여 온 재산을 혼인 관계 청산시 분할'하는 것을 말한다. 이에 재산분할청구권(민법 제 839조의 2)에는 혼인을 해소할 경우 부부의 실질적 공동 재산을 그 재산의 형성 및 유지에 힘쓴 기여도에 따라 공평하게 분배한다는 청산적 요소와 혼인 해소에 일방의 생활이 곤란할 염려가 있는 때에 상대방이 자기 재산 상태가 허락하는 한 원조를 하여야 한다는 부양적 요소가 함께 포함되어 있다(김영갑, 1991; 김주수, 1991). 이 때 가장 먼저 고려되는 사항은 실질적으로 어떤 재산을 어느 정도 분배하는가에 관한 논의일 것이다. 합리적인 재산분할을 위해서는 분할대상 재산을 적절히 선정하는 것이 기본이 되기 때문이다.

분할의 대상이 되는 재산은 원칙적으로는 재산의 명의로 따라 그 소유 여부가 달라진다. 명의로 따른 재산유형은 크게 공유재산, 실질적 공유재산, 특유재산으로 분류된다. 공유재산이란 부부에게 함께 속하는 재산으로서, 부부가 합의하여 공유로 한 재산, 부부공동명의로 취득한 재산, 혼인 중에 공동생활을 위하여 취득한 가재도구 등을 의미하며, 이러한 공유재산은 명백히 공유명의로 되어 있으므로 당연히 분할의 대상으로 적용된다(김영갑, 1991).

실질적 공유재산이란 재산의 명의를 부부 일방에 속해있지만 실질적으로 공유에 속하는 재산을 의미하는데, 이러한 실질적 공유재산에는 혼인 중에 부부가 협력해서 취득한 주택, 기타 부동산, 부부공동생활의 기금이 되어 있는 예금·주식 등이 포함된다. 이러한 재산은 그 명의에만 기초하여 그 소유권을 귀속시킬 경우 문제가 되는데, 비록 부부 일방의 명의로 되어 있지만 실질적으로는 양 배우자에게 동시에 속하는 것이 되기 때문이다. 따라서 부부가 협의에 의하여 이혼할 때 쌍방의 협력으로 이룩한 재산이 있는 한, 아내가 가사노동을 분담하는 등으로 내조를 함으로써 부(富)의 재산 유지 또는 증가

〈표 1〉 분할대상 재산의 범위와 재산액 산정에 대한 판례의 재판요지

판례	사건개요	재산분할 판결	
		재산분할대상	내용
대법원 민사 92므1054	아내는 남편으로부터 평생 축척 등 수모를 당하면서 목욕히 살아왔는데, 남편이 아내에게 이혼을 강요하고 학대한데 대해 항의하는 과정에서 아내가 남편 집을 찾아가 가재도구를 부수는 등 난폭한 행동을 하여 이혼청구소송을 제기한 사건.	상속재산  제 3자에 명의신탁된 재산	재산분할의 대상이 된 남편소유의 부동산 등이 이미 처분한 상속재산을 기초로 형성된 것이라고 하더라도 결혼 이후 남편이 이러한 부동산 등을 취득하고 유지함에 있어서 아내의 헌신적인 가사 노동이 직·간접적으로 기여한 것으로 인정되므로 해당 부동산 전부를 재산분할 대상으로 보아야 한다.  다른 사람 명의로 명의신탁된 재산이라도 실질적으로 부부 중 일방의 소유에 속하는 한 재산분할의 대상이 된다
대법원 민사 92므501	남편은 결혼이후 부모로부터 주택매입자금을 받아 주택을 구입하고 자동차부품인 부란자수리업을 해왔고 아내가 가사일 이외에 미장원을 경영하여 생계에 보태며 새로운 주택을 구입할 당시에 그 대금 일부를 보탬. 아내는 남편의 보증채무로 부동산이 강제경매신청으로 압류된 것을 변제하여 해제시킴. 현재 식당건물을 신축할 때 남편과 아내는 모두 친가의 도움을 받았으며, 준공당시 건축자금의 일부(1천만원)를 부채를 짐.	특유재산	남편과 아내의 혼인생활의 경과와 재산증식의 과정, 이혼후의 생활전망, 그 밖에 변론에 나타난 여러 사정을 종합하여 남편은 보유하고 있는 적극재산의 총평가액의 5분의 1정도에 해당하는 금액을 아내에게 지급하여야 하며, 현재 식당건물의 대지와 신축건물을 남편의 특유재산으로 본다 하더라도 아내가 적극적으로 그 유지에 협력하여 감소를 방지한 이상 이 사건 재산분할의 대상이 된다.
대법원 민사 93므1020	혼인사부터 원인불명의 사유로 정상적인 성적 부부생활을 하지 못하고 그후 전혀 성생활을 하지 못하였지만 남편이 그 원인을 파악하여 치료하려는 노력을 기울리 한 나머지 별거에 이르러 아내가 이혼 청구한 사건.	특유재산	아내는 가사를 전담하는 외에 미국에서 기업으로 24시간 개점하는 잡화상연쇄점을 경영할 당시 그 경리업무를 전담하면서 남편과 함께 잡화상 경영에 참여하여 가사비용의 조달에 협력한 사실을 인정할 수 있다. 따라서 해당 부동산이 혼인전에 남편의 부모로부터 증여받은 특유재산이지만, 아내가 그 재산의 감소방지에 일정한 기여를 하였다고 할 수 있으므로 재산분할의 대상이다.
대법원 민사 94므1072	아내는 결혼한 이후 가사에 종사하면서 남편을 뒷바라지하였고 남편은 해당사건 건물을 신축함에 있어 건축자금이 일부 부족하여 아내의 친정오빠로부터 금 4백만원을 차용함. 이에 사건 건물이 남편과 아내 쌍방의 협력으로 이룩한 재산임을 고려하여 아내에게 남편 명의인 이 사건 건물에 대한 1/2 지분을 취득하게 함.	제 3자에게 부담한 채무	부부 일방이 혼인 중 제 3자에게 채무를 부담한 경우에 그 채무 중에서 공동재산의 형성에 수반하여 부담하게 된 채무는 청산의 대상이 되는 것이므로, 부부 일방이 위와 같이 청산의 대상이 되는 채무를 부담하고 있는 경우에 재산분할의 비율 또는 액수를 정함에 있어서, 이를 고려하여 금전의 지급을 명하는 방식의 경우에는 그 채무액을 재산가액으로부터 공제한 잔액을 기준으로 지급액을 산정하여야 하고, 목적물의 지분을 취득시켜 공유로 하는 방식의 경우에는 상대방의 취득비율을 줄여 주는 등으로 분할비율을 합리적으로 정해야 한다.
대법원 민사 2000스13	남편과 아내는 1972년 3월 6일 혼인신고를 마치고 부부로서 생활하여 오다가 아내가 1996년 7월경 상대방을 상대로 이혼 및 위자료 청구소송을 제기한 사건.	분할대상재산, 액수산정시기/ 퇴직금	남편은 대한건설협회 산하 건설기능훈련원에 입사하여 근무하다가 명예퇴직하여 퇴직금과 명예퇴직수당을 수령하였는데, 남편의 퇴직금 중 아내가 입사시부터 이혼소송의 사실심 변론종결일경을 기준일까지의 혼인기간 중에 제공한 근로에 대한 대가에 상당한 금액이 분할의 대상이 된다.

<표 1> 계 속

판례	사건개요	재산분할 판결	
		재산분할대상	내 용
대법원 민사 96 므1434	남편이 다른 여인과 부첩(夫妻)관계를 맺고 서울에서 동서(同棲)생활을 하면서 이혼청구 당시까지 20년 이상 아내를 홀로 경기 포천군 유고리 소재 집이나 가출한 딸들의 집 등에서 기거하게 하여 아내가 이혼청구 소송한 사건. 남편이 아내의 생활을 위하여 만사와 딸의 공동명의로 주택을 마련해 주었다 하더라도 남편의 축척행위 자체가 부당하게 동거의무를 불이행한 것으로서 이혼 사유의 악의의 유기에 해당됨.	상속재산	아내가 결혼 후 가사뿐만 아니라 영농(榮農)등에 많은 노동력을 제공하여 해당 부동산 등의 취득과 유지에 기여하였으므로, 부부 중 일방이 상속받은 재산이거나 이미 처분한 상속재산을 기초로 형성된 부동산이더라도 이를 취득하고 유지함에 있어 상대방의 가사노동 등이 직·간접으로 기여한 것이라면 재산분할의 대상이 된다.
		제 3자에 명의신탁된 재산	제3자 명의의 재산이더라도 그것이 부부 중 일방에 의하여 명의신탁된 재산 또는 부부의 일방이 실질적으로 지배하고 있는 재산으로서 부부 쌍방의 협력에 의하여 형성된 것이거나 부부 쌍방의 협력에 의하여 형성된 유형, 무형의 자원에 기한 것이라면 재산분할의 대상이 된다고 할 것이다.
대법원 민사 96 므1397	원심에서 남편의 예금자산 및 부채가 청산의 대상이 되는 것인지, 그 액수가 대략적으로 얼마인지, 예금을 인출하여 소비하였다면 그 용도가 무엇인지 등을 확정하지 아니함. 그리고 현재 아내가 아파트가 부부의 혼인관계가 파탄에 이른 후 취득한 것으로서 분할대상재산이 아니라고 판단하고 있으나, 아내가 남편과의 혼인관계 파탄후에 위 아파트를 취득하였다 하여 이를 분할대상재산이 아니라고 단정하기 어렵다고 함. 이에 대한 상고판결임.	실질적 공동재산	분할대상재산의 범위에 대하여 혼인중에 쌍방의 협력에 의하여 이룩한 부부의 실질적인 공동재산은 부동산은 물론 현금 및 예금자산 등도 포함하여 그 명의가 누구에게 있는지 그 관리를 누가 하고 있는지를 불문하고 재산분할의 대상이 된다.
		별거후 취득재산	부부의 일방이 별거 후에 취득한 재산이라도 그것이 별거 전에 쌍방의 협력에 의하여 형성된 유형·무형의 자원에 기한 것이라면 재산분할의 대상이 된다고 할 것이다.
대법원 민사 97므933	남편이 번 돈을 기초로 해당 부동산을 2억 2천만원에 매수하여 같은 해 소유권이전등기를 마쳤고, 그 후 식당경영을 위해 농업협동조합중앙회에서 6천만원을 대출 받고 그 담보로 위 부동산에 7천 2백만원의 근저당권을 설정해 줌. 그후 남편이 이를 변제하지 못해 위 부동산에 대한 임의경매를 신청하여 1억 5천 1백만원에 낙찰되었고, 그 밖에 위 부동산에 입차한 임차인들에게 1억 2백만원의 임대차보증금반환채무를 부담하고 있음.	제 3자에게 부담한 채무	부부 일방이 혼인 중 제3자에게 채무를 부담한 경우에 그 채무 중에서 공동재산의 형성에 수반하여 부담하게 된 채무는 청산의 대상이 되는 것이므로, 부부 일방이 위와 같이 청산의 대상이 되는 채무를 부담하고 있어 총 재산가액에서 위 채무액을 공제하면 남는 금액이 없는 경우에는 상대방의 재산분할 청구는 받아들여질 수 없다.
대법원 민사 98므213	남편의 퇴직일시금 예정액이 약 4천4백만원이고, 남편이 박사학위를 소지한 경제학 교수인 사실을 인정하여 재산분할의 액수와 방법을 정함.	장래의 퇴직금	부부 일방이 아직 퇴직하지 아니한 채 직장에 근무하고 있을 경우 그의 퇴직일과 수령할 퇴직금이 확정되었다는 등의 특별한 사정이 없다면, 그가 장차 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정만으로 그 장래의 퇴직금을 청산의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수 없고, 장래 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정은 민법 제 839조의2제2항 소정의 재산분할의 액수와 방법을 정하는데 필요한 '기타 사정'으로 참작되면 족하다.

출처 : 인터넷 종합법률서비스(<http://www.netlaw.co.kr>)

에 기여하였다면 쌍방의 협력으로 이룩한 재산이라 하더라도 재산분할의 대상이 되고, 재산의 형성에 대한 기여도를 인정하는 것이 일반적이다(대법원 민사 93스6, 96므1397).

특유재산은 재산의 명의가 명실공히 부부 일방에 속하는 것으로서, 혼인 전부터 부부 각자가 소유하고 있던 재산, 혼인 중에 일방이 상속·증여 등에 의하여 취득한 재산, 장신구·의류 등과 같이 사회 통념상 각자의 전유물이라고 보여지는 재산 등을 의미한다. 이러한 재산은 원칙적으로 청산의 대상이 되지 않지만, 특유재산일지라도 상대방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하였거나 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 재산 분할의 대상이 된다(대법원 민사 92므501, 93므1020). 또한 부부 중 일방이 상속받은 재산이거나 이미 처분한 상속재산을 기초로 형성된 부동산이라도 이를 취득하고 유지함에 있어 상대방의 가사 노동이 직·간접으로 기여한 것이라면 재산분할의 대상이 된다(대법원 민사 92므1054, 96므1434). 이에 더하여, 부부 중 일방이 별거 후에 취득한 재산이라도 그것이 별거 전에 쌍방의 협력에 의하여 형성된 유형·무형의 자원에 의한 것이라면 재산분할의 대상이 된다(대법원 민사 96므1397).

별산제의 원칙에 따라 때 일방이 혼인 중 제 3자에 대하여 부담한 채무는 원칙적으로 그 개인의 채무로서 청산의 대상이 되지 않으나, 부부 일방이 제 3자에 대하여 채무를 부담한 경우에 그 채무 중에서 공동재산의 형성에 수반하여 부담하게 된 채무는 청산의 대상이 된다(대법원 민사 92므501, 96므1397, 94므1072, 97므933). 이때 지급액은 그 채무액은 재산가액으로부터 공제한 잔액을 기준으로 산정하지만, 총 재산가액 중에서 채무액을 공제하여 남는 금액이 없는 경우에는 상대방의 재산분할청구권은 받아들여지지 않는다.

한편, 퇴직금, 연금 및 보험금처럼 이미 수령하였거나 장래에 수령할 것으로 예상되는 자산에 관한 분할 문제도 포함되어야 한다. 퇴직금의 경우, 분할 대상으로 삼을지를 결정하는 데에 있어서 그 급여의 본질이 되는 것은 혼인 중에 제공한 근로에 대

한 대가가 유예된 것인지의 여부이다(민유숙, 1993). 이에 더하여 퇴직금 수령 시기에 따라 분할 대상 여부가 달라지는데, 일방이 퇴직금을 이미 받았거나 가까운 장래에 받을 수 있는 경우는 부부의 협력에 의한 공동재산으로 보아 청산의 대상이 된다. 또한, 이혼소송의 사실심 변론종결일 당시 직장에 근무하는 부부 일방의 퇴직과 퇴직금이 확정된 바 없으면 장래의 퇴직금을 분할의 대상이 되는 재산으로 삼을 수 없는 것이 원칙이지만, 그 뒤에 부부 일방이 퇴직하여 퇴직금을 수령하였고 재산분할청구권의 행사기간이 경과하지 않았으면 수령한 퇴직금 중 혼인한 때로부터 재산분할 청구 기준일까지 제공한 근로의 대가에 해당하는 퇴직금 부분은 분할의 대상이 된다(대법원 민사 2000스13). 그러나, 이혼의 시점에서 일방이 아직 회사에 재직하고 있다면 퇴직금을 받을 개연성만 있고 연령과 근무상황에 비추어 퇴직일과 퇴직할 수령금이 확정되지 않았다면 이를 청산의 대상으로 삼을 수 없으며, 단지 '기타 사정'으로 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다(대법원 민사 98므213).

연금은 본래 본인의 노후 생활보장의 목적을 가진 것이기 때문에 청산의 대상이 되기보다는 부양적 재산분할의 기초자산으로 보는 견해도 있다. 그러나, 연금은 지급의 형태만 다른 것이므로 퇴직금과 동일하게 취급하여야 한다는 견해가 더 일반적이다. 실무상으로는 이혼 전에 퇴직하면서 퇴직금을 일시급 대신 퇴직연금의 형태로 받고 있던 상태에서 그 퇴직연금에 대하여 재산분할을 인정한 예(민유숙, 1993)가 있다. 또한, 혼인 중 일방이 상대방의 도움으로 장래 고소득을 얻게 하는 능력이나 전문적인 자격을 취득하였을 경우 그러한 장래의 재산 취득능력도 재산분할의 대상에 포함되는지 여부가 논의될 수 있다. 실무상으로는 이와 같은 무형적인 재산을 경제적인 가치로 환산할 때 정확한 기준이 없어 재산분할의 대상이 되는 재산의 총액을 확정하는 일이 매우 어렵다.

분할대상 재산의 범위와 재산액을 산정 한 후에는 부부의 재산분할의 비율을 확정해야 한다. 이와 관련하여 일반적인 해석은 평등설, 평등추정설, 기

여도설<sup>1)</sup> 등 3가지 입장이 대립되고 있지만, 현행 민법의 해석상 민법 제839조의 2항에서 “기타 여러 사정을 참작하여 분할의 액수를 정한다”고 규정함으로써 달리 분할 비율에 관한 조항이 없는 이유로 실제 법원 판례에서는 법관의 재량에 맡겨 각각의 사건에서 여러 가지 사항을 고려하여 개별적인 기여도를 판단하고 이에 따라 재산 분할을 명하고 있다. 그 결과, 우리나라 판례에서는 분할대상이 되는 재산을 먼저 선정할 후 각 재산에 대한 기여도에 관하여 재산의 성격과 기타 여러 사정을 참작하여 50% 또는 1/3 등으로 기여비율을 결정한 후 기여비율에 따라 재산을 분할하는 것이 일반적이다.

예를 들어, 대법원 민사 99므906 판결에서는 “변론 과정에서 나타난 원고와 피고의 혼인계속기간, 이혼에 이르게 된 경위, 당사자의 연령, 재산상태, 혼인 중 재산형성에 대한 원·피고의 협력정도, 이혼 후 쌍방의 생활능력 등 기타 제반 사정을 고려하여”, 원고의 재산형성 및 유지에의 기여도를 약 40%로 판단하고 있다. 또한, 대법원 민사 95므1192 판결에 의하면, “원·피고가 혼인 초부터 각자의 직업이나 사업에 종사해 왔고, 그 직업이나 사업의 내용 및 규모, 혼인기간 중에 취득한 공동재산의 형성 및 유지에 대한 경위, 약 17년 정도의 혼인 기간, 특히 원고가 그 이모로부터 증여받은 일부 부동산을 분할대상에서 제외하고 있는 점 등 여러 사정을 종합하여” 원고와 피고의 분할대상이 되는 전체 재산에 대한 기여도를 각 50%로 평가하고 있다. 대법원 민사 92므501 판결에서는 “민법 제843조, 제839조의 2항 규정에 의하여 부부 일방의 특유 재산은 원칙적으로 분할의 대상이 되지 아니하나 특유재산일지라도 다른 일방이 적극적으로 특유재산의 유지에 협력하여 감소를 방지하였거나 증식에 협력했다고 인정되는 경우 분할대상이 될 수 있음”을 재판요지에서 밝히고, “혼인생활의 경과와 재산증식의 과정, 이혼후의 생활전망, 그 밖에 변론에 나타난 여러 사정을 종합하여” 피고가 원고에게 지급하여야 할 재산분할의 액수를 피고가 보유하고 있는 재산 총평가액의 20%에 해당하는 금액으로 결정하고 있다.

판례에서 나타난 이러한 평가방법은 재산의 형성

및 유지에 따른 기여도가 개별적으로 서로 다른 재산들의 평가가 혼재되어 나타나며, 구체적인 기여비율 측정에 관하여는 정확히 객관적이고 합리적인 평가방법의 틀이 아직까지 마련되어 있지 않다. 그러나 재산분할 비율을 정확히 측정하는 것은 당사자에게는 매우 중요한 의미를 가진다. 분할대상이 되는 재산액이 큰 경우는 비율에 따라 실제 재산액수에서 큰 차이를 보일 수 있으며, 재산액이 작은 경우는 그만큼 적은 양의 재산만이 존재한다는 것을 의미하므로 이혼 후 경제적 필요성이 큰 경우에는 더욱 중요하게 되기 때문이다. 그러므로, 분할대상이 되는 재산을 선정하고 그 기여를 통하여 분할비율을 결정할 때에는 좀 더 정교한 측정 방법이 요구된다.

### III. 독일의 잉여청산제도

독일에서는 부부재산계약을 체결함으로써 재산관계를 자유롭게 결정할 수 있도록 하고 있는데(제1408조), 독일 민법은 부부의 재산관계에 관하여 잉여공동제, 별산제, 재산공동제라고 하는 세 개의 유형을 제시하고 있다. 그 가운데 별산제와 재산공동제는 부부재산계약에 의해 당사자가 선택한 경우에만 부부재산제로서 기능을 할 수 있으므로 선택재산제라고 부르며, 잉여청산제는 법정재산권으로 되어 있으므로 다른 합의가 없는 한 잉여청산제에 의하여 재산관계가 규율된다(제1363조)(김창식, 1997).

잉여청산제는 재산분할 비율측정에 관한 가장 구체적인 방법으로 평가되는데, 잉여청산청구권은 각

1) 평등설은 혼인 중 재산에 대한 기여도가 법률적으로 동등한 것으로 평가되어야 하므로 기여 비율이 균등하다고 보는 입장이며, 평등 추정설은 기여 비율은 민법 제262조 2항에 의하여 평등한 것으로 추정되는데, 이는 사실상의 추정으로 구체적인 기여 비율이 증명된 경우에는 그 비율에 의하여 청산하여야 한다고 주장하는 것이며, 기여도설은 기여 비율에 관한 확실적인 기준은 없으며 각 사안마다 부부가 혼인 중 재산의 형성에 기여한 내용에 따라 구체적인 기여도를 평가하여 기여 비율을 확정하여야 한다는 견해이다.

배우자가 당초 재산(혼인개시시의 고유재산에서 채무를 공제한 금액)과 중국 재산(부부별재산의 종료시에 존재하는 재산에서 채무를 공제한 액)의 차액인 잉여를 계산하여 더 많은 잉여를 취득한 일방 배우자에게 타방 배우자가 그 잉여 가치의 반을 청구할 수 있게 하는 권리이다(독민 제1378조 제1항). 이 때, 정산을 위한 기준이 되는 평가일은 이혼청구의 소장이 피고에게 송달된 날(독민 제1384조 참조)로 하여야 하지만, 재산분할청구권이 타방 배우자의 태도에 의하여 현저하게 위태롭게 보이는 경우에 독일민법은 사전에 재산분할을 청구할 수 있도록 하는, '사전 분할의 소'를 인정하고 있다(독민 제1385조-1387조 참조). 또한, 일방배우자가 불공정한 방법으로 타방의 잉여청산청구권을 축소시키는 것을 방지하기 위하여, 일정한 경우의 재산 감소금액은 중국재산에 가산되도록 한다(독민 제1375조 2항 참조). 즉, 한 배우자가 혼인 후에 다른 배우자의 동의를 얻지 않고 무상의 출연을 한 경우와 재산을 낭비한 경우 등은 감소된 재산의 가치를 가산한다.

독일의 잉여청산제는 이러한 방법으로 혼인 중 증가된 재산상의 이익을 공평하게 나누게 되는데, 이는 혼인 중 재산의 증가는 상대방 배우자의 협력이 기초가 되었다고 생각하기 때문이다. 잉여의 청산이 끝난 후에는 연금, 각종보험, 사회보장상의 연금 등 미래의 재산권을 청산하게 된다. 이러한 미래의 재산권은 당연히 청산하는 것으로 보는데, 혼인과 더불어 부부는 양로복지를 공동으로 부담한다고 생각하기 때문이다. 연금청산은 부부가 별산제를 계약한 경우에도 당연히 발생한다고 본다.

잉여청산제도는 혼인 중에는 별산제의 형태로서 한 배우자의 채무가 다른 배우자에게 미치지 않으므로 공유제의 결점이 없으며, 한편 이혼시에는 공유제와 같은 방법으로 재산을 청산하므로 별산제의 결점이 보완된다(김창식, 1997; 이화숙, 1990; 조미향, 1990). 즉, 잉여청산제는 각자 소유 명의의 재산은 각자가 소유하고 혼인생활 중에 형성된 재산의 잉여분만을 재산분할의 대상으로 삼는다는 점에서 별산제의 성격을 가지고 있으며, 그 잉여분에 대해서 궁극적으로는 50%의 비율로 재산을 분할받도록

한다는 점에서 모든 형태의 노동기여를 공정하게 인정받는 공유제의 장점을 가지고 있다.

그러나 잉여청산제도에 근거해서 구체적인 재산 분할액을 산정할 경우에는 다음의 몇가지 사항을 고려해야 한다. 우선, 당초재산과 중국 재산을 비교할 때 화폐가치의 상승으로 인하여 명목상 가격이 상승한 경우를 방지하기 위해서는 물가지수를 이용하여 당초재산에 관하여 확정된 금액을 종료기준일을 표준으로 한 가치로 환산하여 산정하여야만 한다(조미향, 1990).

또한 원칙적으로 평가시점에서 존재하는 금전가치와 법적으로 보호되는 모든 지위가 당초재산과 중국재산에 모두 포함되어야 한다. 오히려 잉여청산권을 인정하는 것이 정의에 모순되고 현저하게 불공평한 경우에는 '기타의 사정을 참작하여' 재산분할을 인정하지 않을 수 있다(독민 제1381조 참조). 즉, 잉여청산권리자(잉여 계산에 의하여 재산을 받을 것으로 결정된 배우자)가 혼인관계로부터 생기는 경제적 의무(예를 들면, 부양의무)를 상당히 장기간 이행하지 아니한 경우이거나 장기간 계속된 사적인 혼인의무 위반 등의 경우에는 잉여청산권을 인정하지 않는 것이 타당하다. 또 사고 연금 내지 위자료와 같은 경우, 일방 배우자의 투자나 노동에 의하여 취득한 것이 아니라 인격적 이익 훼손의 보상으로서 부여된 재산은 잉여청산의 대상 재산에서 제외되어야 한다(김창식, 1997; 조미향, 1990; 이화숙, 1990).

이와 같이 독일의 잉여청산제는 재산분할 산정에 있어서 매우 구체적인 기준이 마련되어 있으며, 이를 우리 나라의 현실에 맞게 적용하는 것은 실제 재산분할액 산정에 도움이 되리라 사료된다. 특히, 우리 나라 재산분할 판결에서는 재산의 형성 및 유지의 기여도 평가에서 여러 재산들이 혼재되어 평가되고 있으며, 전업주부의 경제적 기여도 평가에서 객관성과 합리성이 결여되는데, 잉여청산제에 근거한 평가 방법은 이러한 단점을 보완하는 것으로 평가된다. 예를 들어, 대법원 민사 92므501 판결에서는 특유재산을 분할할 때 전업주부의 기여를 인정하여 특유재산 평가액의 약 20%에 해당되는 4천 만원이 지급되도록 결정되었으나 독일의 잉여청산제를 적



용할 경우 특유재산의 평가액이 아니라 특유재산의 증식에 따른 잉여액만을 분할하게 되므로 재산분할 대상이 되는 공동재산액을 정확히 측정할 수 있으며, 전업주부의 기여도 인정에서 약 몇 %라는 분할 비율의 산정보다는 양 배우자의 잉여를 계산하여 잉여 차액의 반을 청구하는 방법을 채택하기 때문에 전업주부의 노동기여를 인정하게 된다.

#### IV. 독일의 잉여청산제를 적용한 잉여반분액 산정과정

독일의 잉여청산제의 원칙을 적용하여 식으로 나타내면 [식1]과 같다.<sup>2)</sup>

$$Y' = |(A_1 - A_1' - B_1) - (A_2 - A_2' - B_2)| \times \frac{1}{2} \quad [\text{식1}]$$

Y': 잉여 차액의 반분액  
 (A<sub>1</sub> - A<sub>1</sub>' - B<sub>1</sub>): 일방 배우자의 잉여액  
 (A<sub>2</sub> - A<sub>2</sub>' - B<sub>2</sub>): 타방 배우자의 잉여액  
 A: 중국재산(연금, 퇴직금 및 보험 포함)  
 A': 당초재산  
 B: 혼인생활 중에 형성된 재산분할 대상에 포함되지 않는 재산

이 식에서는 각자의 명백한 특유재산과 재산분할 대상이 아닌 재산은 각자가 소유하고 그 잉여분과 혼인 생활 중 형성된 재산 및 잉여만을 반분하도록 제시된다. 위의 단계를 통해 각 배우자의 잉여가 계산되면, 잉여가 적은 일방 배우자는 잉여가 많은 타방 배우자에게 잉여 차액의 반을 청구할 수 있게 된다.

구체적인 산정과정은 크게 두 단계로 진행된다. 첫 단계는 각 배우자의 잉여를 계산하는 단계이다. 먼저, 중국재산(A)은 이혼시의 총자산에서 총부채를 차감한 순자산이다. 총자산과 총부채 및 순자산의 측정방법은 <표 2>에 제시된다.<sup>3)</sup>

분할 대상의 총자산에는 예금, 주식, 채권, 보험, 계, 사채, 부동산 등이 포함되고 부채에는 금융기관 부채, 사채, 비금융기관부채, 월부 및 외상부채 등이 포함된다. 이러한 방법으로 각 배우자는 자신 소유

명의의 자산과 부채를 측정할 수 있다. 자산액 평가와 관련해서는 개인 명의로 된 재산을 먼저 산정하고, 공동소유로 명의가 되어 있는 재산은 각 배우자의 재산액의 반을 중국재산에 포함시킨다. 채무액 평가와 관련해서는 공동재산의 형성에 수반하여 부담한 채무만을 산정 대상에 포함시켜야 한다. 자산을 평가하는 시점에 있어서는 이혼시의 자산을 측정하는 것이 원칙이지만 한 배우자가 고의적으로 자산을 축소시키는 행위를 한 경우, 즉 다른 배우자의 동의없이 재산을 고의적으로 무상으로 출연한 경우와 재산을 낭비한 경우는 이러한 방법으로 재산의 감소가 생기기 바로 전 시점의 재산가치를 산정한다. 이러한 중국재산에는 이미 수령한 연금 및 퇴직금, 보험금도 함께 포함된다. 그러나, 아직 수령하지 않은 연금 및 퇴직금, 보험금의 경우는 장래에 받을 가능성이 확실한 자산으로 판명될 경우에만 이를 현재가치로 할인하여 포함시킨다.

당초재산(A')은 혼인시의 총자산액에서 총부채액을 차감한 순자산액으로 산정한다. 혼인시 순자산액은 물가지수를 고려하여 다시 계산하여야 하는데, 이는 화폐가치의 하락 및 상승으로 인한 과소 및 과다 측정을 방지하기 위함이다. 예를 들어, 기준연도에 비하여 이혼시의 물가지수가 120이고 혼인시의 물가지수가 80이라면, 분할대상재산을 혼인시의 물가지수 80으로 나누고 이혼시의 물가지수 120을 곱하여 그 자산의 액수를 산정한다.

중국재산에서 당초재산을 차감한 후에, 각자가 혼인생활 중에 취득한 재산분할 대상이 되지 않는 재산을 차감한다(A-A'-B). 재산분할 대상이 되지 않는 재산(B)은 부부 공동의 노력으로 취득하지 않은 재산을 의미한다. 예를 들어 상속이나 증여를 통해 부여된 특유재산이나 일방 배우자의 투자나 노동에 의하여 취득한 것이 아니고 인격적 이익의 훼손의

2) 이 식은 본 연구자가 최종심이라고 할 수 있는 대법원 판례를 검토한 후 독일의 잉여청산제를 적용하여 재산 평가방법을 제시한 것이다.

3) 이 표는 한국가구패널조사(KHPS)에서 제시된 가계자산평가항목을 연구 목적에 맞게 재구성한 것이다.

〈표 2〉 자산 및 부채 측정방법

변수		정의 및 측정 방법	
자 산	금융 자산	예금	은행 요구불 예금+은행 저축성 예금+투자신탁, 증권회사의 각종 예금+종합금융회사, 단자회사의 각종 예금+신용협동조합(새마을 금고 및 마을금고)의 각종 예금+상호신용금고의 각종 예금+우체국의 각종 예금+농, 수, 축협동조합의 각종 예금+기타
		주식	주식 보유액수
		채권	국공채+회사채
		보험	생명보험 (월평균 불입액*불입횟수)+교육보험(월평균 불입액*불입횟수)+연금보험(월평균 불입액*불입횟수)+생명+연금보험(월평균 불입액*불입횟수)+기타(월평균 불입액*불입횟수)
		계	수령안했을 경우(매월불입액*불입횟수)+수령했을 경우 다른 자산의 형태로 이전되지 않은 금액
		사채	사채에 대하여 빌려준 이자+(사채에 대하여 빌려준 이자*사채액)
실물자산	부동산	토지(임야 포함)+주택(현거주주택)+주택(현거주주택 제외)+상업용 건물(상가, 빌딩 등)	
부 채	금융기관부채	은행의 부채잔액+보험회사의 부채잔액+기타금융기관의 부채잔액	
	사채	개인적으로 빌린 돈+(개인적으로 빌린 돈*이자율)	
	비금융기관부채	부채잔액	
	월부 및 외상부채	월부+외상매입금	

출처 : 대우경제연구소(1998), 한국가구패널조사(KHPS)

보상으로서 부여된 재산 등이 포함된다. 이러한 재산 역시 물가지수를 고려하여 이혼시의 화폐가치로 환산하여야 하는데, 이유는 이러한 재산 자체는 재산분할대상에서 제외되지만 그러한 재산의 가치가 상승된 잉여분은 재산분할대상에 포함되기 때문이다. 이렇게 각 배우자는 중국재산에서 당초재산을 차감하고 다시 분할대상이 되지 않는 재산을 공제하게 되면 취득한 모든 잉여분이 계산된다.

두 번째 단계는 일방 배우자의 청구권과 청구액을 계산하는 단계로서, 두 배우자의 잉여를 비교하여 많은 쪽에서 적은 쪽을 차감한 뒤 잉여가 적은 배우자가 잉여가 많은 배우자에게 그 차액의 반(Y')을 청구하면 된다. 이러한 방법을 통해 재산분할액을 산정한다면 다른 배우자의 노동기여가 포함되지 않은 자산은 각자가 되찾고 그 자산의 잉여와 혼인생활 과정 중에 발생한 자산을 반분하게 됨으로써 공정한 분배가 이루어지게 된다. 산정시의 자산가치는 이혼소송의 사실심 변론종결일을 기준으로 한다.

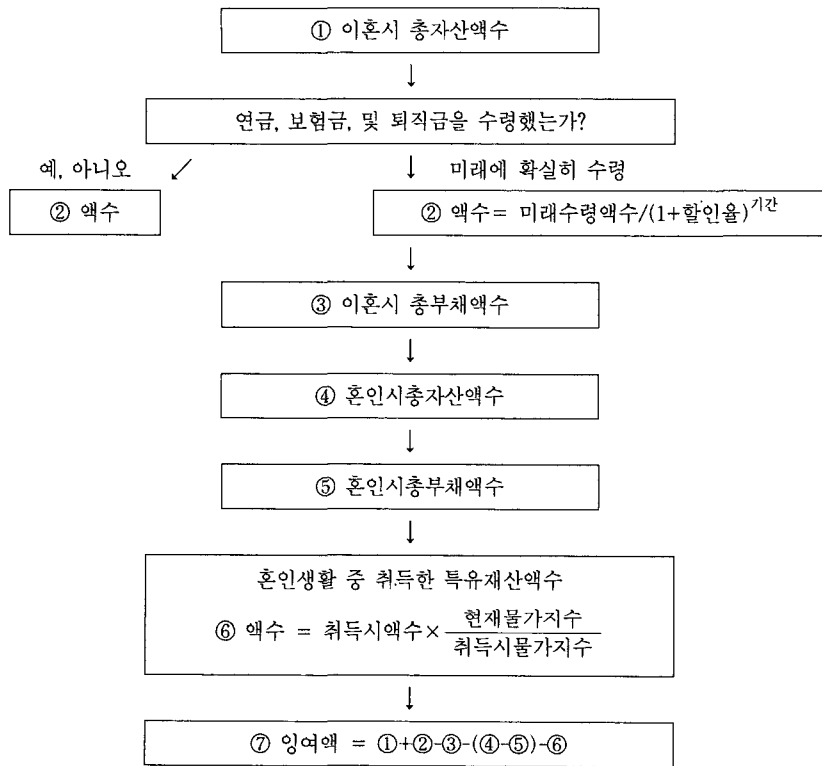
이러한 과정을 도식화하면 <그림 1>과 같다. 각 단계별 재산산정과정은 <표 2>에서 제시하는 방법

으로 계산한다. 분할재산액을 산정하는 과정은 각 배우자와 잉여액을 계산하는 단계와 각 배우자의 잉여액을 비교하여 잉여차액의 반을 청구하는 두 단계로 진행되는 것을 알 수 있다.

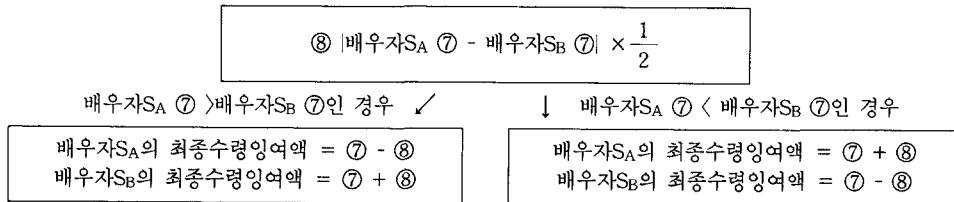
도식화된 최종수령 잉여액 자체는 이혼 후 실질적으로 남게 되는 재산액을 의미하는 것은 아니다. 위의 과정을 통해 산출된 재산액은 각자의 명백한 특유재산과 재산분할 대상이 아닌 재산은 제외하고 그로 인한 재산증식의 잉여분과 혼인 생활 중 형성된 재산 및 잉여만을 반분하도록 제시된 것이기 때문이다. 그러므로, 실질적으로 한 당사자에게 남게 되는 재산은 위의 과정을 통해 계산된 재산액과 각자의 명백한 특유재산 및 재산분할 대상이 아닌 재산액을 합하여 산출된다.

위 재산을 분할할 때는 현금 분할이나 경매 분할의 방법으로 분할하는 것이 아니라, 소유권과 채무는 현재의 명의자에게 일부 귀속시키며 잉여 차액에 대하여 금전으로 지급·청산하는 방법을 제안한다. 또한, 혼인 기간 중 별거기간이 있다 하더라도 그 기간이 미미하다고 판단된다면 혼인 기간 중 쌍방의 협력에 의해 이룩한 재산은 모두 청산의 대상

1 단계 : 배우자 A와 배우자 B는 다음과 같은 방법으로 잉여액을 계산한다.



2단계 : 각 배우자의 잉여액을 비교하여 잉여차액의 반을 청구한다.



<그림 1> 잉여분할액 산정과정의 도식

이 되는 것이 타당하다.

산제의 객관성과 구체성을 확립하기 위한 목적으로, 독일의 잉여청산제를 적용하여 부부가 공평하게 재산을 분할할 수 있는 산정방법을 제안하고자 한다.

#### IV. 결론 및 제언

이혼시 부부는 각자의 중국재산에서 당초재산을 차감해서 잉여액을 비교한 뒤 잉여 차액을 계산하여 잉여가 적은 배우자는 잉여가 많은 배우자에게

본 연구는 우리 나라의 법정 재산분할방법인 별

잉여 차액의 반을 청구할 수 있도록 한다. 이때 중국재산과 당초재산은 각각 이혼시와 혼인시에 보유하고 있는 총자산에서 총부채를 차감한 순자산을 의미한다. 화폐가치의 상승 및 하락으로 인하여 잉여를 과대 및 과소 측정하는 것을 방지하기 위하여 소비자물가지수를 통해 재산가치를 산정하거나 현재가치로 할인하는 방법을 통해 정확하게 잉여액을 측정한다. 단, 중국재산 측정시 분할대상이 되지 않는 특유재산은 잉여차액만이 계산되어야 하므로 해당자산을 취득할 때의 가치를 차감한 액수만을 포함시킨다. 이러한 과정을 통해, 각 배우자는 혼인 생활 중에 노동을 통해 취득한 잉여액의 반을 공평하게 나누어 가지게 된다.

본 연구는 재산분할청구권을 시행함에 있어서, 분할의 대상이 되는 재산의 산정과 비율의 확정 등 구체적인 운영방법이 제시되어 있지 않아 야기되는 문제점을 개선하고 보완할 수 있는 방법을 제시하고, 이러한 방법 적용의 타당성을 부여했다는 점에서의 의의가 있다. 또한, 혼인생활 중 취득한 잉여를 공평하게 반분하는 방법을 도식화함으로써, 실제 재산분할청구 판결시 실질적인 도움이 되고자 시도한 점에서도 의의를 찾아볼 수 있다.

그러나, 실제 재산분할시에는 각 가정의 특성상 여러 가지 사항이 고려되지만 본 연구에서는 이러한 모든 변수를 포함하지 못하고 노동기여라는 측면에서 잉여를 청산하는 가장 단순한 모형만을 제시하였다는 한계가 존재한다. 또한 본 연구는 주로 청산적 요소에 초점을 맞추어 제안하고 있으므로, 부양적 요소를 함께 고려해야 하는 경우에는 또 다른 기준이 필요하다. 따라서, 실제 판결시에는 이러한 제한점을 고려하여 연구에서 제시된 결과를 기초로 하여 각 가정의 사례에 적합하게 적용하는 것이 바람직하다.

## ■ 참고문헌

- 김창채(1999). 재산분할의 대상과 범위. 재판실무연구, 1998, 143-168.
- 김영갑(1991). 재산분할청구권. 사법논집, 22, 209-251.
- 김주수(1991). 이혼시의 재산분할청구권. 판례월보, 253, 17-23.
- 김창식(1997). 이혼으로 인한 재산분할 및 위자료에 관한 실증적 연구-그 산정기준을 중심으로-. 명지대학교 대학원 법학과.
- 민유숙(1993). 재산분할의 구체적 인정범위. 재판자료, 62, 401-433.
- 문숙재, 정영금(1993). 재산형성에 대한 주부의 기여도에 관한 연구. 대한가정학회지, 31(1), 13-24.
- 이기영, 이승미(1994). 가족생활주기에 따른 도시 근로자 가정 부부의 생활시간구조. 대한가정학회지, 32, 11-26.
- 이상훈(1992). 이혼에 따른 재산분할청구사건의 재판실무상 문제점에 대한 고찰. 법조, 441, 61-93.
- 이화숙(1990). 개정 가족법상 재산분할청구권의 신설의 의의와 과제. 여성연구, 8(1), 149-180.
- 조미향(1990). 재산분할청구권 1. 사법행정, 356, 80-86.
- 조희금(1997). 사무직 기혼여성부부의 생활시간구조 분석. 대한가정학회지, 35(1), 1-14.
- 동아일보(2001). 5월 22일자, 31면(사회).
- 동아일보(2002). 1월 24일자, 31면(사회).
- 통계청(2000). 인구동태통계연보.

(2002년 3월 27일 접수, 2002년 12월 10일 채택)